

An das
Bundesministerium für Justiz

**Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Versicherungs-
vertragsgesetz 1958 geändert wird (Versicherungsrechts-
Änderungsgesetz 2010 – VersRÄG 2010)
Stellungnahme des Datenschutzrates**

Der **Datenschutzrat** hat in seiner 196. Sitzung am 25. Mai 2010 **mehrheitlich beschlossen**, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

Zu den §§ 11a bis 11d:

Allgemeines:

Insgesamt scheint der Ansatz, auf **ausdrückliche Zustimmungen des Betroffenen** abzustellen, im Versicherungswesen **kein tauglicher Ansatz** zu sein, da die ua. von der Richtlinie 95/46/EG geforderte Freiwilligkeit der Zustimmung nur in besonderen Konstellationen gegeben sein wird. Es sollte daher eine **klare gesetzliche Regelung** getroffen werden, welche Daten von welchen Personen an Versicherungen weitergegeben werden dürfen. Diese Datenarten wären auf das notwendige Mindestmaß zu beschränken, wobei in den Erläuterungen darzutun wäre, warum an diesen Datenverwendungen ein wichtiges öffentliches Interesse im Sinne des Art. 8 Abs. 4 der RL 95/46/EG gegeben ist.

Der Datenschutzrat weist daher auf die Problematik der Freiwilligkeit im Versicherungsvertragsgesetz hin und gleichzeitig auch darauf hin, dass im Gesetz abschließend definiert werden soll, worauf sich diese Zustimmungserklärung beziehen darf und daher nicht von einer vollständigen Freiwilligkeit ausgegangen werden kann.

Zu den einzelnen Bestimmungen:

Zu § 11b:

§ 11b scheint zum Teil inkonsistent gestaltet und schwer verständlich:

§ 11b Abs. 1 geht davon aus, dass eine ausdrückliche, den einzelnen Übermittlungsfall betreffende Zustimmung gemäß § 11a Abs. 2 Z 3 **nicht** vorliegt. In weiterer Folge wird aber in Z 1 und 2 wieder das Vorliegen **einer ausdrücklichen Zustimmung** zur Übermittlung gefordert.

Es kann bezweifelt werden, dass für den Normunterworfenen eine derartige Bestimmung nachvollziehbar sein wird.

Der Datenschutzrat geht davon aus, dass es sich bei der in Abs. 1 Z 1 genannten ausdrücklichen Zustimmung um eine „pauschalere“ handeln soll als bei der in § 11a Abs. 2 Z 3 genannten Zustimmung im Einzelfall. Wie sehr „pauschal“ diese sein darf, kommt jedoch nicht zum Ausdruck, in den Erläuterungen ist von einer „ex-ante-Zustimmung“ die Rede. Schon deshalb ist nicht davon auszugehen, dass es sich um eine Zustimmung in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall handelt und die Kriterien einer „ausdrücklichen Einwilligung“ im Sinne der RL 95/46/EG erfüllt sind. Den Erläuterungen, dass es sich bei einer derartigen Zustimmung um eine Zustimmung „im Sinn“ des § 9 Z 6 DSG [2000] handelt, ist auch schon deshalb nicht beizupflichten, weil es einer derartigen Zustimmung im Normalfall an Freiwilligkeit mangeln wird.

Vielmehr scheint es sich um eine „Zustimmung sui generis“, die nicht den datenschutzrechtlichen Kriterien einer Zustimmung entspricht, zu handeln. Dies geht jedoch weder aus dem Text noch aus den Erläuterungen zu dieser Bestimmung hervor. Eine derartige Zustimmung könnte jedenfalls nicht als Rechtsgrundlage, sondern bestenfalls als zusätzliche „Garantie“ verstanden werden. Insgesamt sollte die Sinnhaftigkeit dieses Ansatzes noch überdacht werden.

In § 11b Abs. 2 scheint die Wortfolge „in Anwendung des Abs. 1“ unklar und wäre durch „gemäß Abs. 1“ zu ersetzen.

Generell ist anzumerken, dass Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz **verhältnismäßig** sein müssen. Aus der Judikatur des VfGH hat die Lehre (vgl.

Berka, Die Grundrechte, Rz 266 ff) folgende Kriterien der **Verhältnismäßigkeit** herausgearbeitet:

- Der mit dem Eingriff verfolgte Zweck muss legitim sein.
- Der Eingriff muss zur Zielerreichung geeignet und darüber hinaus erforderlich sein.
- Außerdem muss ein zwischen dem durch den Eingriff zu erreichenden Zweck und der Art des Eingriffs ein angemessenes Verhältnis bestehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn).

Als besondere Betonung der Verhältnismäßigkeit sieht § 1 Abs. 2 DSG 2000 letzter Satz das **Gebot des gelindesten Mittels** vor. Für die legitime Gestaltung von Eingriffsermächtigungen bedeutet dies, dass unter mehreren geeigneten und erforderlichen Mitteln nur jenes mit der geringsten Eingriffsintensität verfassungsrechtlich zulässig ist (§ 1 Abs. 2 DSG 2000 letzter Satz) und auch dieses gelindeste Mittel insgesamt in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen muss.

Z 2 stellt eine erhebliche Ausweitung der Ermittlung von sensiblen Gesundheitsdaten im Vergleich zur geltenden Rechtslage dar. Es müsste, die Verwendung der hier angeführten Daten (wie etwa Auszüge aus den Pflege- oder Behandlungsbericht, Operationsbericht, nach Entlassung einlangende Befunde) nochmals nach ihrer Erforderlichkeit/Verhältnismäßigkeit überprüft werden. Die Datenart „andere diagnostische Befunde“ scheint jedenfalls zu unbestimmt und sollte daher entfallen.

Der Datenschutzrat weist darauf hin, dass – auch wenn teilweise die Meinung vertreten wird, dass es sich dabei um eine Ausweitung handelt, und teilweise die Meinung vertreten wird, dass es sich um keine Ausweitung handelt – der Datenschutzrat auf jeden Fall dafür eintritt, dass es zu keiner Ausweitung kommen darf. Z 2 sollte daher umformuliert und präzisiert werden.

Zu § 11b Abs. 2 Z 3:

Die in § 11b Abs. 2 Z 3 vorgesehene Datenverwendung stellt eine Ausweitung der bisherigen im Gesetz vorgesehenen Datenverwendungen dar, die über den Zweck der Direktverrechnung hinausgeht. Es wird ein neuer Zweck der

Datenermittlung eingeführt, nämlich die **Möglichkeit der Versicherer Rückfragen an Krankenanstalten, Ärzte usw. zu stellen, wenn der Verdacht besteht, der Betroffene habe bei Vertragsabschluss bestimmte Krankheiten verschwiegen, die anzeigepflichtig gewesen wären.** Die Vertragsprüfung der Versicherer ist in diesem Zusammenhang eine andere Datenerhebung, die mit dem Zweck der Direktverrechnung nicht vereinbar ist. **Die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit dieser Datenverwendung wird in diesem Zusammenhang bezweifelt.**

Besonders im Zusammenhang mit dieser Bestimmung fragt es sich, welchen Sinn eine „Zustimmung“ des Betroffenen haben kann, zumal unklar bleibt, welche Folgen eintreten, wenn der Betroffene seine „Zustimmungserklärung“ widerruft.

In diesem Zusammenhang wird auch auf die in anderen Gesetzen geregelten strengen Verschwiegenheitsverpflichtungen von Ärzten und anderen Gesundheitsberufen verwiesen (siehe § 9 des Bundesgesetzes über Krankenanstalten und Kuranstalten und § 54 des Ärztegesetzes), die sicherlich bei einer Preisgabe von Informationen aus Behandlungsgesprächen mit Patienten extrem im Widerspruch dazu stehen würden.

Der Datenschutzrat geht davon aus, dass die Z 3 im Lichte der Formulierung des § 11b dem Zweck der Direktverrechnung dienen soll. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bezweifeln, dass diese Datenarten für den Zweck der Direktverrechnung überhaupt notwendig sind. Es wird daher angeraten, Z 3 ersatzlos zu streichen.

28. Mai 2010
Für den Datenschutzrat:
Der Vorsitzende:
MAIER

Elektronisch gefertigt